

UNIVERSIDAD DEL SALVADOR
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS
DOCTORADO EN DERECHO PENAL

TESIS DOCTORAL SOBRE "LA OBEDIENCIA DEBIDA"

1ra. Parte :

LA NATURALEZA JURIDICO-PENAL DE LA OBEDIENCIA DEBIDA

2da. Parte :

LA OBEDIENCIA DEBIDA DENTRO DEL DERECHO PENAL MILITAR
JUICIO SEGUIDO CONTRA LOS EX COMANDANTES EN JEFE DE
LAS FUERZAS ARMADAS QUE REPRIMIERON LA SUBVERSION ENTRE
LOS AÑOS 1976 Y 1983

3ra. Parte :

"LA OBEDIENCIA DEBIDA EN EL DERECHO COMPARADO"

4ta. Parte :

TESIS PERSONAL



TORCUATO E. FINO (h)

FEBRERO DE 1993



USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

A mi abuelo,
ANTONIO CAMBRIGLIA,
cuyo recuerdo
permanece imborrable
en mi memoria.-

INDICE DE LA TESIS DOCTORAL.

* Introducción : objeto de nuestra exposición. Delimitación de los temas a tratar.	
- <u>1ra. Parte : La naturaleza jurídico-penal de la obediencia debida.</u>	
. Breve reseña histórica: evolución de la ciencia jurídico-penal con relación al tema	1
. Análisis de las distintas teorías	7
. Teoría de la causa de justificación	8
. Teoría de la causa excluyente de la acción o de la ausencia de conducta	17
. Teoría del desplazamiento de la autoría	21
. Teoría de la causa de inculpabilidad fundada en el error.	26
. Teoría de la causa de inculpabilidad fundada en la coacción.	30
. Otras teorías	38
- <u>2da. Parte : La obediencia debida dentro del derecho penal militar: juicio seguido contra los ex-comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas que reprimieron la subversión entre los años 1976 y 1983.</u>	
. Precisiones acerca de las Fuerzas Armadas	43
. La jurisdicción castrense: el Código de Justicia Militar. Reforma de la Ley 23.049.	47
. Carácter diferencial de la obediencia debida en el ámbito militar. La obediencia debida en tiempos de paz y en tiempos de guerra.	61
. Especial consideración de la tesis de Klaus Roxin sobre la voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados en el derecho penal alemán (utilizada en gran parte por la Cámara Federal en el juicio contra los ex-comandantes).	73

- . Examen de la doctrina expuesta en los fallos de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. 76

- . Conclusiones personales de ambos fallos 93

3ra. Parte : "La obediencia debida" en el Derecho Comparado.

- Distintas clasificaciones:

- . Clasificación de Luis Jiménez de Asúa: 96

- a) Códigos que nada dicen de la obediencia jerárquica.
- b) Códigos que sin enunciarla como eximente, la aprecian como atenuante, llegando algunos a prescindir de la pena en casos excepcionales.
- c) Códigos que tratan en el mismo artículo, mediante el ligamen de la conjunción copulativa, la orden de la ley y el mandato de la autoridad.
- d) Códigos que, a pesar de referirse a una y otro en el mismo artículo, los separan por la conjunción disyuntiva.
- e) Códigos que de manera taxativa han incluido la obediencia debida.

- . Clasificación de Lorenzo Morillas Cueva : 102

* Derecho Común:

- a) Legislaciones que no la mencionan.
- b) Legislaciones que la aprecian como atenuante.
- c) Legislaciones que le reconocen efectos eximentes.

* Derecho Militar :

- a) Fórmula de la obediencia ciega
- b) Fórmula que hace lugar a la posibilidad de la Remonstratio (derecho del inferior a suspender la ejecución de la orden).
- c) Fórmula que contempla la teoría de la gravedad o de la apariencia.

- . Proyecto de Código Latinoamericano 11

4ta. Parte : Tesis Doctoral.

- DERECHO PENAL COMUN:

. Autonomía de la causal "Obediencia Debida".

113

. Presupuestos :

1) Relación de Jerarquía "formal".

Plano administrativo

Plano Judicial

Problema de las relaciones "no formales"

2) Orden de "un Superior"

Problema de la "transmisión" de órdenes

3) Esfera de las labores del Subordinado en

cuanto a las condiciones de la función y

las condiciones de modo, tiempo y lugar

4) Posibilidad de discernimiento de la even-

tual ilicitud del mandato.

. Inexistencia de los Mandatos Antijurídicos
Obligatorios.

. Caso Especial : Cuando se esgrimen motivos
de necesidad y urgencia.

- DERECHO PENAL MILITAR :

. Tiempos de Paz :

Tranquilidad Institucional

Casos de Violencia focalizada

. Tiempos de Guerra :

Casos de ataque exterior: Guerra formal-
mente declarada

Casos de ataques revolucionarios:

Guerra Civil.

117

- RELACION ENTRE EL CODIGO PENAL Y EL CODIGO

DE JUSTICIA MILITAR - PROBLEMA DEL CONCEPTO

"AUTORIA MEDIATA".

. Creación del Art. 45 bis en el Código Penal

119

INTRODUCCION : OBJETO DE NUESTRA EXPOSICION. DELIMITACION DE
LOS TEMAS A TRATAR.

El tema que intentamos exponer hoy, presenta muchas aristas polémicas y posiciones encontradas. Por otro lado, el mismo cobró una trascendencia inusitada con el advenimiento de la democracia en 1983 y la decisión del gobierno electo en aquél entonces de someter a juzgamiento a los oficiales de las Fuerzas Armadas que detentaron los poderes públicos a partir del 24 de marzo de 1976.

La cuestión constituye, por tanto, un mojón trascendental tanto desde el punto de vista doctrinario como institucional. Ello es así, en el primer aspecto, porque el debate inconcluso ha incorporado nuevos elementos interpretativos que aguzan la ductilidad jurídica de los tratadistas. Y, decimos que ha adquirido gran importancia institucional también, porque la sociedad entera ha sido testigo de los acontecimientos que hoy son objeto del examen de los institutos jurídicos proporcionados por la Ciencia del Derecho.

Nuestro humilde aporte, se limita a tratar, en primer término, la naturaleza jurídico-penal de la obediencia debida; en segundo lugar, su inserción dentro del Derecho Penal Militar a la luz del juicio seguido contra los ex-comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, pasando luego a enumerar un panorama ilustrativo dentro del Derecho Comparado de la forma de legislar sobre la "Obediencia Debida" tanto desde el punto de vista del Derecho Penal común como del Derecho Penal Militar, para finalizar con una enunciación de nuestras conclusiones personales -objeto de la presente tesis doctoral-. No expondremos, pues, temas como el tratamiento de la eximente dentro del Derecho Administrativo, la caracterización de la obediencia debida putativa y tantos otros conexos con nuestra exposición, sin perjuicio de que hagamos mención de algunos de ellos en ciertos pasajes de nuestro trabajo.

Encaramos nuestra tesis doctoral, entonces, con un profundo sentido dogmático y sin intenciones políticas explícitas o socavadas. Lo hacemos, sabedores de los muchos errores que cometeremos en el desarrollo de la misma pero con la firme convicción de progresar en nuestros limitados conocimientos jurídicos.



TORCUATO E. FINO (h)

Febrero de 1993



USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

1ra. Parte : LA NATURALEZA JURIDICO-PENAL DE LA OBEDIENCIA

DEBIDA.

USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR



Quot hómínes, tot sententiae
(Tantos hombres, tantos pareceres)
TERENCIO.

USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

LA NATURALEZA JURIDICO-PENAL DE LA OBEDIENCIA DEBIDA

Breve reseña histórica : evolución de la ciencia jurídico-penal con relación al tema :

La eximente que consagra el inciso 5° del artículo 34 de nuestro Código Penal ha dado lugar a numerosísimas discrepancias doctrinarias. La fórmula legal que expresa que "No son punibles..." "... El que obrare en virtud de obediencia debida", responde, según Eugenio R. Zaffaroni, a una larga tradición legislativa entre nosotros, pero, en realidad, desde el punto de vista dogmático ha presentado siempre serias dificultades en cuanto a su alcance y a su naturaleza (1). El mencionado autor, que prefiere denominar a la eximente como "obediencia jerárquica", ve en la tradición inglesa a la primera corriente que la consideró en forma autónoma y señala a Blackstone como el iniciador de su tratamiento pormenorizado. Sin embargo, sin olvidar a la vertiente anglosajona, sobre la cual luego volveremos, bueno es apuntar que ya los romanos sancionaban severamente las infracciones a los deberes castrenses, las cuales frecuentemente merecían la pena de muerte y, entre las acciones que la desencadenaban se encontraba el abandono del puesto que al soldado le había sido ordenado custodiar. (2)

El tema se encuentra regulado expresamente en el Digesto y en él se disponía como regla general que quien obedece a una orden superior no incurre en responsabilidad, tan

(1) Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Tratado de Derecho Penal", Ediar, Bs.As., 1982, t. IV, p. 272.

(2) Mommsen, Theodor, "El Derecho Penal romano", trad. del alemán por Pedro Dorado, Editorial La España Moderna, Madrid, s/f., t. I, ps. 17 y 34.

tanto en relación a los delitos públicos (3), como a los delitos privados (4). Esa regla general que correlativamente imponía severamente el deber de obediencia exculpaba al ejecutor (5), salvo que el hecho tuviera "atrocitatem facinoris" (6).

En el derecho germánico el quebrantamiento del deber de fidelidad por parte del súbdito se castigaba por el Derecho popular (Volksrecht) con pena de muerte y confiscación del patrimonio. Otra disposición de este derecho es que el señor siempre era responsable por los daños causados por sus siervos (7).

Posteriormente, el derecho canónico antiguo perfiló una clara doctrina relacionada con el tema de la obediencia debida, señalando la mayor intensidad del mando al cual se encontraba sujeto el soldado, con relación a los supuestos de la obediencia doméstica (esclavo, hijo y cónyuge). Según Farinaccio (8), en todos los casos en que se actuaba obedeciendo órdenes, se excluía la responsabilidad penal, por cuanto la orden "... excusat a dolo, delicto et poena...", pero también se dispuso que cuando la orden fuese manifiestamente injusta y contraria a las leyes o de su cumplimiento se derivase la comisión de un delito grave, no uno leve, entonces "... juris ordine non servato...", pues el mandato de la autoridad "... scusat in levioribus non in atrocioribus...".

Justo es destacar, también, que tanto el Fuero Juzgo (9) como las Leyes de Partidas (10) contenían disposiciones que hacían referencias a la obediencia debida.

Dentro de la corriente anglosajona y siguiendo las enseñanzas de Zaffaroni (11), es necesario enunciar el proyecto de Livingston para el estado de Louisiana, el cual eximía de responsabilidad al soldado que actuaba por orden su-

(3) Paulo, De diversis regulis iuris, L., XVII, 169.

(4) L. 8, Ad legem Iuliam vi publicata seu privata, CXI, 12.

(5) Javolenus, De diversis regulis iuris, L., XVII, 199.

(6) L. De diversis regulis iuris antiquis, XVII, 157

(7) Brunner, Heinrich, Historia del derecho germánico, 8° ed, de Claudius von Schwerin, trad. por J. Alvarez Lopez Labor, Madrid, 1936, p. 78.

perior en los delitos, pero no en los crímenes (arts. 31 y 32). El art. 33 eliminaba la responsabilidad del que actuaba en función de una orden escrita de un magistrado, siempre que éste tuviese jurisdicción en la causa, que la orden revistiese las formas legales, que el ejecutor estuviese obligado a cumplir ese tipo de órdenes y que no tuviese conocimiento de su ilegalidad.

No obstante todo lo antedicho, coincidimos plenamente con Guillermo J. Fierro cuando sostiene que es sólo a partir de mediados del siglo pasado cuando los estudios comienzan a adquirir un mayor rigor y empiezan a perfilarse construcciones teóricas más coherentes y depuradas o, si se quiere, el derecho penal se transforma cada vez más en una auténtica ciencia. (12). Es más, creemos incluso, que el tema que intentamos encarar sólo puede ser estudiado a partir de los hallazgos científicos incorporados, en sentido global, en el esquema general de la Teoría del Delito en los últimos cincuenta o sesenta años; principios como el que sostiene que los actos reflejos o los movimientos mecánicos no son conducta por falta de voluntad o que el concepto de tipicidad comprende a la noción de dolo y culpa o que la antijuridicidad es la violación al ordenamiento jurídico o que la culpabilidad es el reproche al autor de un injusto que no se motivó en una norma cuando tenía obligación de hacerlo -sin entrar en consideraciones de las extensísimas disquisiciones doctrinarias que sobre cada uno de los cuatro principios existen- son muy convenientes y sumamente necesarios para tratar de dilucidar la naturaleza jurídico-penal de la obediencia debida, amén de otros institutos de la ciencia penal que concurren a facilitar nuestra tarea.

(8) Farinaccio, Theor. et praxis crim., qu. 98, casus 5, n° 109 120 e casus 8 e 9

(9) Regla XII del Título V del Libro VI, entre otras.

(10) L.5, tít. 15., P. VII y Regla 20, tít. 34, P. VII

(11) Zaffaroni, ob. cit. p. 273

(12) Fierro Guillermo J., La obediencia debida en el ámbito penal y militar, Depalma, Bs.As., 1984, p. 157

Es decir, que teniendo en cuenta el siguiente esquema general de la Teoría del Delito, con sus correspondientes aspectos negativos:

CONDUCTA

AUSENCIA DE CONDUCTA

TIPO

ATIPICIDAD

ANTI JURIDICIDAD

CAUSAS DE JUSTIFICACION

CULPABILIDAD

CAUSAS DE INCULPABILIDAD

compartimos el concepto de aquellos autores que afirman que:

- La CONDUCTA es toda acción, acto, hecho o comportamiento humano realizado con comprensión y libertad por parte del sujeto que obra.

- El TIPO es el instrumento legal lógicamente necesario de naturaleza predominantemente descriptiva que tiene como función individualizar conductas humanas penalmente relevantes porque están penalmente prohibidas (es comprensivo del dolo y de la culpa).

- La ANTI JURIDICIDAD es la relación de contradicción entre la conducta típica y todo el orden jurídico.

- La CULPABILIDAD es el juicio de reproche que se formula al autor de un injusto porque no se motivó en la norma cuando le era necesario hacerlo teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Teniendo estos conceptos delineados nos proponemos presentar las distintas teorías que sobre la naturaleza jurídico-penal de la obediencia debida se han intentado, aunque claro está que algunos de los autores que mencionaremos no están o no estuvieron de acuerdo con los conceptos enunciados por una cuestión de época en la que vivieron o, más sencillamente de concepciones personales.

Finalmente, y para completar el panorama expuesto, enumeraremos la evolución legislativa con respecto a la fórmula legal siguiendo la línea argumental de Zaffaroni

(13)

(13) Zaffaroni, ob. cit. p. 273 y 274.